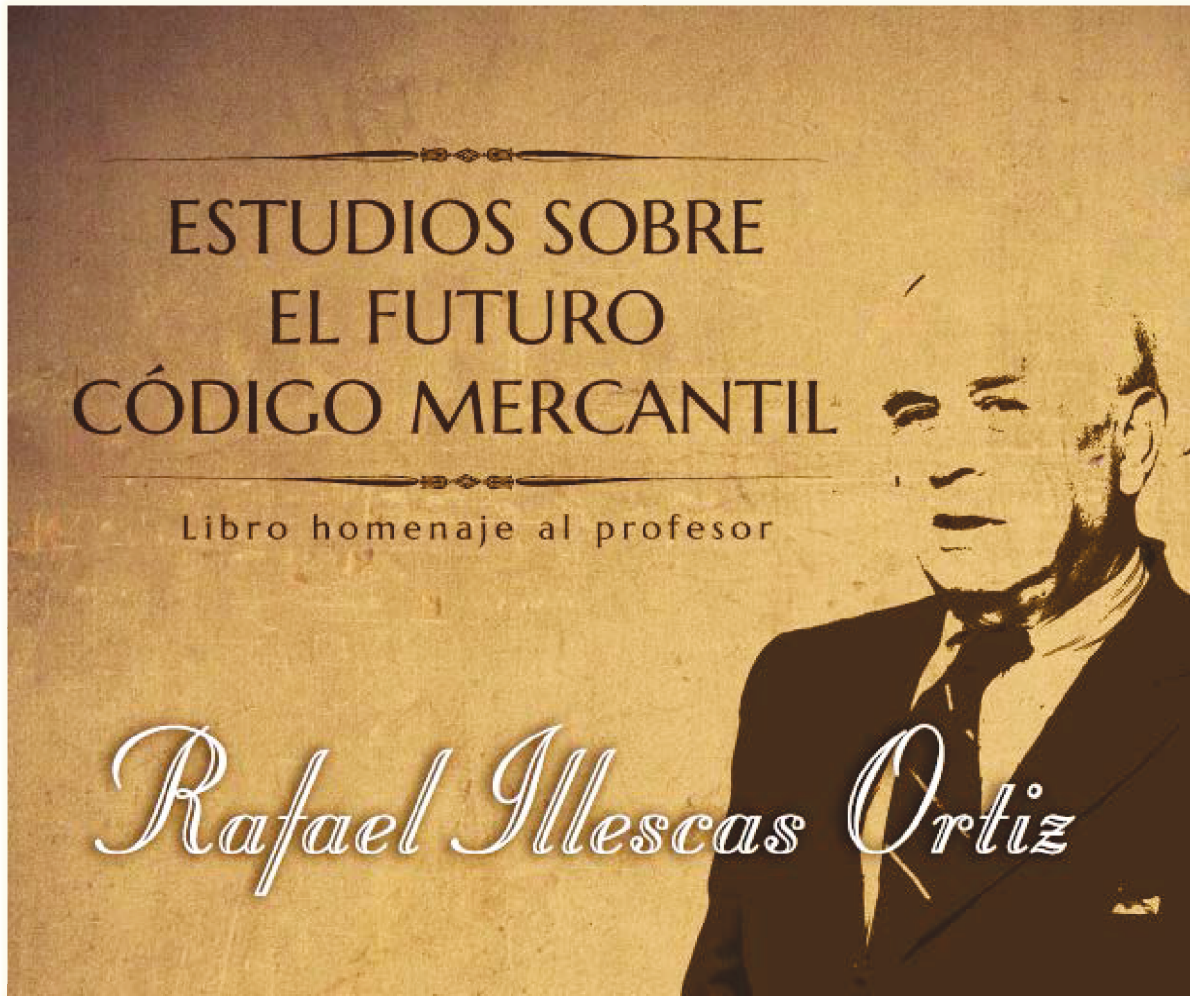




Universidad
Carlos III de Madrid

 **e-Archivo**
Repositorio Institucional



Lastiri Santiago, Mónica. "El dominio electrónico" en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 232-252. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21083>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

EL DOMINIO ELECTRÓNICO EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL CODIGO MERCANTIL (ALCM)

MÓNICA LASTIRI SANTIAGO*

Resumen

Lo que pudo ser una novedad del ALCM se ha quedado en su Exposición de Motivos, que únicamente hace una referencia a lo que denomina «dominio electrónico de la sociedad». El presente trabajo, pretende esbozar la necesidad de incorporar la regulación del nombre de dominio no únicamente como identificador de las sociedades de capital sino también como atributo de la personalidad de las personas jurídicas en Internet y bien jurídico digital.

Contenido

1.Introducción. – 2. Diferencia entre página web y el dominio de Internet. – 3. El dominio electrónico en el Código Mercantil proyectado. – 3.1. La página web corporativa. – 3.2. El dominio electrónico de la sociedad. – 4. Motivos por los cuales se debe incluir un régimen jurídico sobre el nombre de dominio en el ALCM. – 4.1 El nombre de dominio como atributo de la personalidad de la empresa. – 4.2 El nombre de dominio como bien jurídico electrónico. – 5. El valor patrimonial del dominio electrónico. – 6. El nombre de dominio como activo empresarial. – 7. Necesidad de inaugurar una nueva categoría de bienes: los electrónicos. – 8. Reflexiones finales.

1. INTRODUCCIÓN

La ausencia de la regulación del nombre de dominio en el ALCM resulta especialmente llamativa teniendo en cuenta que es el activo digital más importante de la empresa y que en el apartado III-13 de la Exposición de Motivos del anteproyecto se señala que:

«En relación con la denominación, la nacionalidad y el domicilio hay que destacar que se ha valorado su esencial función distintiva, como elementos de identificación de las sociedades, para ubicar esta materia antes de abordar el régimen de su constitución. Debe hacerse notar que, en lo relativo a atribución de nacionalidad, se ha optado por el criterio de la constitución de la sociedad, sin combinarlo con el domicilio, entendiendo que tal criterio resulta más clarificador y es más acorde con los principios que rigen en el espacio comunitario en que estamos integrados. Junto a ello, constituye novedad destacable en este punto la regulación de la página web corporativa, o dominio electrónico de la sociedad».

* Prof^a Dra. Ayudante Específico de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid.

De lo anterior, se desprende que el ALCM incluye como nuevo medio de identificación de las sociedades a la «página web corporativa, o dominio electrónico de la sociedad». Esta inserción la hace únicamente en el contexto del Derecho de sociedades.

En este sentido, debemos resaltar que en el Capítulo II titulado «De la denominación, de nacionalidad y del domicilio de las sociedades mercantiles» que es al que se refiere el apartado mencionado, solo se regula la página web corporativa contenida en la Sección 4ª del Capítulo II del ALCM, no volviendo a mencionar en todo el capítulo ni en ninguna otra parte del articulado del ALCM, lo que llama «dominio electrónico».

Por ello, nos preguntamos ¿con qué objeto se hace referencia al dominio de Internet en la Exposición de Motivos del ALCM? Tal parece que el legislador equipara a la página web con el nombre de dominio, cuestión, que no nos parece acertada porque pese a que estas dos figuras están íntimamente unidas, son en esencia y en significado diametralmente distintas.

2. DIFERENCIA ENTRE PÁGINA WEB Y DOMINIO DE INTERNET

Por un lado, en sentido amplio, la página web es el lugar donde se alojan una serie de elementos que se denominan «contenidos», éstos pueden consistir en obras independientes que gozan de protección jurídica como creaciones intelectuales, textos, fotografías, logotipos, gráficos, imágenes, sonidos, vídeos, animaciones....Y por obras de nueva creación, es decir, creadas *ad hoc* para la página web¹. Por otro, «un nombre de dominio es la dirección fácilmente comprensible para el usuario de un ordenador, normalmente en forma fácil de recordar o identificar»².

La doctrina suele considerar que el «dominio» no es más que una dirección virtual, cuyo disfrute permite canalizar las peticiones de información que cualquier persona dirija a Internet preguntando por la localización de algún equipo. Al respecto, el profesor Alberto Bercovitz señala que los nombres de dominio:

«tienen en Internet la función de identificar los ordenadores en los que están situados las páginas web; es decir, que si se quiere acceder a una página web habrá que teclear el nombre de dominio correspondiente» y, subraya que «la función primaria del nombre de dominio es la de identificar y permitir el acceso a una página web; pero no puede ignorarse que junto a esa función localizadora, la propia página web identificada por el nombre de dominio opera en Internet a modo de escaparate en el ámbito del comercio electrónico».

¹ DE MIGUEL ASECIO, P., *Derecho Privado en Internet*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1999, p. 227 y Gabeiras Vázquez, Patricia, De Juan Giménez-Coral, Verónica y Cabresa Álvarez, Belén. «La protección de sitios web» en CREMADES, J.; FERNÁNDEZ-ORDOÑEZ, M. A. e ILLESCAS ORTIZ, R. (coords.), *Régimen Jurídico de Internet*, Madrid, La Ley, 2002, p. 1438.

² OMPI, *Informe Final sobre el Proceso de la OMPI relativo a los Nombres de Dominio de Internet*, 30 de abril de 1999, <http://www.wipo.int/export/sites/www/amc/es/docs/report.pdf>. [Consulta: 15 de febrero de 2015]. Esta definición es generalmente compartida por la doctrina española. *Vid.* DE MIGUEL ASECIO, P., *op.cit.*, p. 42; CARBAJO CASCÓN, F., *Conflictos entre signos distintivos y nombres de dominio en Internet*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 33-34; RAMOS HERRANZ, I., *Marcas versus nombres de dominio en Internet*, Madrid, Iustel, 2004, p. 33, entre otros.

Igualmente, afirma que es en la página web donde los operadores económicos hacen su propia presentación y las ofertas de sus diversos productos o servicios concluyendo que la página web de un operador económico es su signo distintivo dentro del comercio electrónico y cumple dentro de ese ámbito un papel similar al que con carácter general corresponde bien a las denominaciones sociales, bien a los signos distintivos de la empresa³.

Respecto a la apreciación anterior, parece que la doctrina si bien en un primer momento diferencia las funciones de uno y otra figura, concluye que la página web es la que cumple la función distintiva e identificadora de la empresa en el entorno digital, sosteniendo que un sitio web es análogo a la denominación social de las sociedades. Sin embargo, creemos que el homólogo de la denominación social es el nombre de dominio y no el sitio web, ya que el dominio es el cimiento de la página web, sin el primero la web no existiría. En cambio, un nombre de dominio si puede existir y tener valor para la empresa aunque no aloje en él ninguna página web, tal y como veremos más adelante.

El dominio electrónico es en realidad el identificador de la empresa, éste responde a una necesidad ineludible, tanto desde el punto de vista técnico como a razones de existencia en el comercio electrónico. Es cierto que la página web desempeña la función de «escaparate» de la empresa y en este sentido cumple una de las tareas más importantes de la vida de la empresa en el entorno digital. No obstante, el dominio cumple una función básica de la sociedad, con independencia de su cualidad jurídica, es el derecho al nombre en la Red, se trata de un requisito *sine qua non* para la entrada a Internet.

3. EL DOMINIO ELECTRÓNICO EN EL CÓDIGO MERCANTIL PROYECTADO

3.1. La página web corporativa

Como ya hemos apuntado, la Exposición de Motivos del ALMC se refiere a la página web corporativa y al dominio electrónico de la sociedad. Sin embargo, solo se introduce el régimen jurídico del sitio web. Por ello, es necesario referirnos en primer lugar a esta figura.

El Código Mercantil proyectado, en su Sección 4ª, en los artículos 212-15, 212-16 y 212-17 reproduce los artículos 11 *bis*, 11 *ter*, y el primer párrafo del artículo 11 *quáter* de la Ley 1/2012, de 22 de junio de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.

La incorporación de los mencionados artículos responde a la necesidad de modernizar, y simplificar la vida societaria. Se decide así, utilizar mecanismos que faciliten la participación de los accionistas, reforzando el derecho de información y simplificando las funciones y tareas de los administradores. Es decir, los ámbitos de la

³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Denominaciones sociales, signos distintivos de la empresa y nombres de dominio» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico*, Madrid, Aranzadi, 2002. *op. cit.*, p. 259.

información, la transparencia y el gobierno corporativo⁴. El régimen jurídico de la página web corporativa reconoce el constante e inexorable avance de la innovación tecnológica, así como su influencia en la sociedad y en la vida cotidiana.

Tal y como señala el Prof. Alberto Díaz Moreno, la página web corporativa no se distingue ni por sus características técnicas ni por su contenido (el cual puede perfectamente incluirse, si la empresa así lo decide, en una página web no corporativa), sino por gozar de un régimen propio y específico (que incorpora, la determinación de los actos, acuerdos y documentos que, como mínimo deben publicarse)⁵.

Para el ALMC, y actualmente para la ley de sociedades de capital, una página web corporativa es aquella que informa y simplifica la vida interna de la sociedad, garantizando la seguridad de la página, la autenticidad de los documentos publicados, el acceso gratuito a la página, la posibilidad de descarga e impresión de lo insertado en ella y se exige que la página conste publicada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME), esto último es el requisito más importante, ya que para que la web despliegue algún efecto jurídico, es obligatorio que se cumpla con la publicidad registral⁶.

Ahora bien, para que la página web pueda desempeñar tan importante tarea en la vida societaria, requerirá como primer y esencial requisito, el registro del dominio de Internet, es decir, de un nombre donde pueda alojar e identificar la página web corporativa. El legislador pone énfasis en que la página web corporativa debe ser segura, y esto nos sitúa ante un sistema de información fuerte, con un determinado nivel de confianza, es decir, que sea lo menos vulnerable a los accidentes o acciones ilícitas o malintencionadas que comprometan la disponibilidad, autenticidad, integridad y confidencialidad de los datos almacenados o transmitidos y los servicios que dicho sistema ofrezca o haga accesible. Lo anterior no sería posible, si no se protege al elemento sobre el que se basa esa página web: el dominio electrónico.

3.2. El dominio electrónico de la sociedad

Si una página web se considera «corporativa» cuando se utiliza como mecanismo telemático de información para la mejor comunicación y desenvolvimiento interno de la sociedad de capital, el dominio electrónico es «de la sociedad» cuando identifica a dicha sociedad en un entorno desmaterializado.

En este orden de ideas, el nombre de dominio en el Derecho de sociedades es el «nombre social» de la sociedad de capital en Internet. Sin embargo, como hemos mencionado, en la Exposición de Motivos del ALMC parece que el dominio electrónico es equiparado con la página web no volviéndolo a mencionar en ninguna parte del Anteproyecto. Creemos que si bien es importante facilitar y mejorar la vida interna de la sociedad a través de una página web, es igual o más importante proteger al dominio

⁴ Franch Fluxá, Juan. «Página web y sociedades de capital, ¿un nuevo derecho mercantil?» en Revista de Derecho Mercantil, n° 286, 2012, p.154.

⁵ Díaz Moreno, Alberto. «Cómo crear y gestionar su web corporativa» en http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/Como_crear_y_gestionar_su_web_corporativa.pdf. [Consulta: 5 de febrero de 2015].

⁶ Para mayor información *vid.* Franch Fluxá, Juan, *op.cit.*, p. 156 y artículos 212-15, 212-16 y 212-17 del ALCM.

electrónico (identificador y sostén de la página web), ya que esa página depende siempre y en todo caso de la existencia de un nombre de dominio que es el que identificará a esa página web corporativa, y por ende, a la sociedad de capital dentro de espacio digital.

Así las cosas, los atributos de la personalidad de las sociedades de capital son la denominación, la nacionalidad, el domicilio y con la irrupción de la Sociedad de la Información en el Derecho societario, el dominio electrónico y la página web corporativa, el primero como identificador digital y el segundo, como el reflector de la vida interna de la sociedad mercantil.

La división de las funciones entre la página web y el dominio electrónico es importante porque en primer lugar, debemos tener presente que la página web corporativa en el Derecho de sociedades no podría ser una realidad sin el registro previo de un nombre de dominio, pues éste es la llave de entrada no únicamente al comercio electrónico sino al medio de información y simplificación de la vida societaria y, en segundo lugar, que si ese dominio electrónico que sostiene la página web no es técnica ni jurídicamente protegido, la «página web corporativa» o «comercial» podría dejar de desempeñar la función que para lo que ha sido llamada, ya que por un lado, puede suceder que el nombre de dominio en el que se aloja sea transferido ilegalmente y no existan medios legales para recuperarlo.

Imaginemos despertar un día y darnos cuenta que el sitio web de nuestra empresa o sociedad de capital tiene otro contenido (el famoso caso del *sex.com*⁷), aparece un anuncio por parte del gobierno de que el dominio de Internet ha sido bloqueado (el caso de la expropiación de 141 dominios *.com* por parte del Gobierno del Estado de Kentucky⁸), recibe una notificación por parte de la entidad registradora de que el dominio ha sido reasignado (caso *sareb.es* donde Red.es reasigna el dominio a la Sociedad de gestión de activos procedentes de la estructuración bancaria), o el dominio ha sido robado (casos de *mia.com* y *ramshackeglam.com*)⁹.

Al ser el nombre de dominio la base para alojar una página web, las consecuencias de los actos mencionados pueden acarrear al titular de la sociedad mercantil graves consecuencias, como puede ser la paralización de sus actividades en el entorno digital, ya que impediría a los socios informarse e informar (página web corporativa) o bien imposibilitaría el contacto con los clientes o proveedores (página web comercial). El problema no radicaría en una falla de conexión en la red o problemas con los prestadores de servicio de Internet, se trataría de la pérdida de la «propiedad» del nombre de dominio. En los casos señalados, se pierde el control del dominio y por ende no se puede acceder a la página web que alojen.

⁷ Sobre este caso, *vid. Kremen v. Cohen*, 337 F. 3d 1024 (9th Cir. 2003) y PRENDERGAST, J., «Kremen v. Cohen: The “Knott” Saga of Sex.com», 45 *Jurimetrics*, 2004-2005.

⁸ VIJAYAN, Y., «Ruling Near on State’s Plan To Seize Domain Names», *ComputerwORLD*, 12 de enero de 2009, p. 6; SyC Proyectos en Inversiones, S.L., «La justicia de Kentucky desestima las objeciones de la defensa de los dominios de juego online», 17 de octubre de 2008, <http://www.pokerdestinolasvegas.com/la-justicia-de-kentucky-desestima-las-objeciones-de-la-defensa-de-los-dominios-de-juego-online> [Consulta: 12 de febrero de 2015].

⁹ Para mayor información acerca de estos casos, *vid. Smith, Gerald*. «When Hackers Steal a Web Address, Few Owners Never Get it Back» en *Huffingtonpost.com* [Consulta: 12 de febrero de 2015]. http://www.huffingtonpost.com/2014/09/29/domain-theft_n_5877510.html

Actualmente, solo se tienen las siguientes opciones para recuperar el dominio: 1) demandar la propiedad del dominio bajo el cobijo del Derecho de marcas, situación que no es viable para muchos dominios. Ello, por contener denominaciones genéricas o descriptivas, no susceptibles de protección bajo ese derecho; 2) el pago por la transferencia del dominio al autor del hurto o 3) demandar la «propiedad» del dominio electrónico. Las dos últimas opciones se complican porque no existe régimen jurídico donde se reconozca un derecho de propiedad sobre un dominio, es más, no hay ley que siquiera defina jurídicamente a esta importante figura.

El nombre de dominio juega un papel fundamental en el Derecho Mercantil actual, además de ser el identificador y localizador de la sociedad mercantil en Internet, es también, como veremos más adelante, un bien jurídico que forma parte del patrimonio de la empresa.

La posible pérdida del activo electrónico más valioso para la empresa genera una gran inseguridad jurídica. Lo que interesa del dominio electrónico es el control absoluto del mismo. Un ejemplo de lo mencionado, se refleja en los conflictos de nombres de dominio con marcas. En estos casos, lo que a los titulares de marcas les interesa, más que la eventual indemnización de daños y perjuicios y el cese en la realización de los actos infractores, es obtener la titularidad sobre el dominio.

El incremento de la repercusión social y económica de los bienes electrónicos es notorio. Facebook no es Facebook sin su URL-nombre de dominio y perfiles de sus usuarios, al igual que las aplicaciones y el resto de bienes electrónicos ¿Qué sucedería por ejemplo, si Facebook entrase en concurso de acreedores? ¿Se podría hacer valer como bien su nombre de dominio?¹⁰

El nombre de dominio constituye una forma única de activo en línea, sería preciso e igualmente importante determinar que forma parte del patrimonio de la empresa. Demostrar que en la práctica el registrante de un dominio dispone del mismo y como consecuencia constituye una importante fuente de ingresos para sus registrantes, sería de gran utilidad para aquellos que quisiesen obtener financiación ofreciendo como garantía un nombre de dominio o bien resultaría fundamental para un deudor en caso de concurso de acreedores. El ALMC era la oportunidad perfecta para regular a este activo tan valioso para la empresa y otorgar cierta protección a sus registrantes. Sin embargo, esta ocasión no fue aprovechada.

4. MOTIVOS POR LOS CUALES SE DEBE INCLUIR UN RÉGIMEN JURÍDICO PARA EL NOMBRE DE DOMINIO EN EL ALMC

El ALMC, en su Exposición de Motivos, señala que

«incluye la regulación de materias que carecían de normativa aplicable y que, por lo tanto constituyen una innovación en el ordenamiento jurídico. En la regulación de materias nuevas cabe mencionar la referente a la empresa y operaciones sobre la misma, la representación, la

¹⁰ Vid. BROWN RICHARDSON, S., «Classifying Virtual Property in Community Property Regimes: Are My Facebook Friends Considered Earnings, Profits, Increases in Value, or Goodwill?», 85 *Tul. L. Rev.*, 2010-2011, pp. 717-770.

competencia desleal...y muy especialmente los distintos tipos de contratos como los de suministro..., operaciones sobre bienes inmateriales...»¹¹

Igualmente, el Exposición de Motivos del ALMC en su apartado IV-9 dice:

«Cada modalidad de propiedad industrial tiene su objeto específico, ... pero todas ellas tienen en común dos rasgos absolutamente esenciales: el tratarse de un tipo de propiedad sobre bienes inmateriales destinados a ser explotados como activos empresariales en el mercado de bienes y servicios, y el constituir instrumentos indispensables para el funcionamiento de la economía de mercado basada en el principio de libre competencia, que es el modelo económico donde las instituciones que la integran tienen su razón de ser».

A nuestro modo de ver y como demostraremos más adelante, el nombre de dominio no es un bien inmaterial. Sin embargo, es un bien jurídico digital que es explotado como activo empresarial e incluso es vendido y adquirido como si de un objeto comerciable se tratara. Además, es el instrumento fundamental para la entrada a la Sociedad de la Información e incluso del funcionamiento de la economía de mercado en el entorno digital. Creemos que el nombre de dominio, junto con otros bienes digitales también son innovaciones carentes de regulación.

El régimen del nombre de dominio solo se enfoca en su conflicto con las marcas. No obstante, su función como activo de la empresa va mucho más allá que su papel como identificador de una página web en el contexto del Derecho de sociedades, y esto último solo es reconocido en la Exposición de Motivos y no en el cuerpo del Código proyectado.

Por todo lo expuesto, a continuación expondremos nuestra hipótesis: Consideramos que esta figura posee una doble naturaleza jurídica. En primer lugar, se presenta con las características de un atributo de la personalidad y, en segundo, se despliega como un bien jurídico digital o electrónico susceptible de ser transmitido a terceros. Pero su naturaleza jurídica no se conforma por uno u otro de estos elementos, sino por ambos.

4.1. El nombre de dominio como atributo de la personalidad.

El sistema de nombres de dominio (*domain name system*. DNS) constituye la columna vertebral de Internet, paradigma precisamente de la sociedad mundial de la información o sociedad conectada. Al servir como instrumento de acceso y localización en la Red para los titulares de sitios web u otros sitios en línea, puede decirse que los dominios constituyen la puerta de acceso al ciberespacio [...].¹²

Sabemos que, en realidad, desde una visión terminológica –y es ésta una contradicción– se denomina «nombre de dominio» a una dirección electrónica, esto es, al domicilio digital de un ordenador. Pero éste es más que una *dirección*: es una *llave*

¹¹ Apartado 1-19 de la Exposición de Motivos del ALMC

¹² CARBAJO CASCÓN, F., «Comentario crítico al Plan Nacional de nombre de dominio: Los nuevos criterios de asignación de nombres de dominio bajo el código territorial .es entre la reforma y el continuismo», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 3, 2003, p. 45.

que permite la navegación en la Red, es decir, el ejercicio de una especie de derecho de circulación en el ciberespacio. Por otra parte –y ésta es otra contradicción–, se habla de «dominio» cuando se están usando bits en lugar de átomos, en un ambiente desmaterializado como es Internet.

La opción en este sentido podría decantarse por el uso de la denominación «identificadores digitales o electrónicos», porque puede considerarse que los nombres de dominio son el modo de identificación de un ordenador. En este contexto conceptual se podrán incluir todas las categorías y todos los niveles que sean necesarios para incorporar a todas las personas físicas o jurídicas de todos los países del mundo, cualquiera que sea la actividad que realicen.

El nombre de dominio viene definido por su carácter de identificador de usuarios de Internet. Su esencia y funcionalidad, según su concepción tradicional, lo sitúa en esa ineludible tarea de conexión con otras personas a través de redes ubicadas en Internet. Actualmente, el nombre de dominio es el identificador personal, el «nombre» y la «dirección» en el mundo electrónico, por ello su intensa relación con las realidades del mundo físico.

Por un lado, la condición principal para la realización de actividades en Internet es el registro de un nombre de dominio, pues éste constituye la conexión básica entre el mundo material y el mundo digital¹³. Por otro, en la Sociedad de la Información interesa poder designar en forma clara a los miembros que la integran, tal y como sucede en el entorno físico.

El nombre de dominio es, entonces, una necesidad social, cuya condición se encuentra enraizada en la esfera electrónica. Es igualmente necesario jurídicamente, ya que a través del mismo se da acceso a la Red a todos aquellos que participan *activamente* en la misma, y es el medio por el cual los usuarios que participan *pasivamente* en Internet identifican y ubican a los sujetos activos de la sociedad digital, haciendo así posible las relaciones entre personas en un medio distinto al físico.

Es, en definitiva, la base que hace posible que las relaciones personales en un entorno digital sean una realidad. Las relaciones sociales objeto de la ciencia del Derecho, son posibles mientras sus participantes sean identificados e individualizados. Por todo ello, el nombre de dominio constituye un atributo de la personalidad.

Es fundamental señalar que con «atributos de la personalidad» no nos estamos refiriendo a los denominados «derechos de la personalidad» sino más bien a aquellas calidades exteriores de la persona que son necesarias para la vida en relación.

Los atributos de la persona física son el nombre, el domicilio, la capacidad, el estado civil, el patrimonio y la nacionalidad¹⁴. En cambio, los atributos de la personalidad de las personas jurídicas son básicamente la denominación o razón social, la nacionalidad y el domicilio. Otros consideran que el patrimonio también lo es¹⁵.

¹³ «Los nombres de dominio de Internet y las marcas», en OMPI, *Curso Propiedad Intelectual y Comercio electrónico*, loc. cit. Módulo II.

¹⁴ PLANIOL, M. y RIPERT, J., *Tratado práctico de Derecho Civil francés, las personas*. Tomo I, trad. esp. Mario Díaz Cruz, La Habana, Editorial Cultural, 1927, p. 5. En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, I Parte General, vol. III. Derecho Subjetivo. Negocio jurídico, Madrid, Dykinson, 2005, p. 58.

¹⁵ PLANIOL, M. y RIPERT, J., *ibid.*

A simple vista no existiría diferencia entre «atributo» y «derecho» de la personalidad, pues los dos conceptos se refieren a las características de una persona para actuar en sus relaciones jurídicas. No obstante, «atributo» es una «cualidad o condición de un ser o ente»¹⁶, mientras que un «derecho» acarrea una serie de consecuencias muy distintas, pues provee al sujeto de prerrogativas que en principio una simple cualidad no proporciona: es una «acción que se tiene sobre una persona o sobre una cosa»¹⁷.

Los derechos de la personalidad se definen como aquellos cuyo contenido especial consiste en regular las diversas proyecciones, psíquicas o físicas inherentes a la persona¹⁸, a diferencia de los atributos de la persona, que son únicamente los requerimientos para que ésta se desenvuelva en el terreno social y jurídico.

En este sentido, debemos considerar al «atributo» no como un derecho, sino solamente como una condición que hace que la relación de la persona con el nombre de dominio sea una relación de «exterioridad» del sujeto con el objeto¹⁹, constituyendo así un bien, en cuanto que el nombre de dominio proporciona –aunque no siempre– información acerca de la persona que designa y de su actividad.

Si reconocemos que la función jurídica del nombre de dominio es la de ser un identificador social, cobra entonces sentido decir que se trata en primer lugar de un atributo de la personalidad de los entes o sujetos que pretendan ingresar a la Red de redes, susceptible de convertirse en un bien jurídico, ya que el nombre de dominio como la denominación social sigue a la persona, no nace con ella.

En este sentido, podemos decir que el dominio electrónico es el homólogo de la denominación social, ya que encontramos las siguientes semejanzas:

- a) Ambos son un atributo de la personalidad, pues identifican a personas en el tráfico jurídico. Esta cualidad del dominio electrónico es reconocida por la Dirección General del Registro y Notariado (DGRN) en su Resolución de 10 de octubre de 2000²⁰, en donde el Registrador Mercantil Central indica que la finalidad de los nombres de dominio es:

[...] permitir identificar a cada usuario de la red en una determinada dirección [...] si bien es cierto que no existe una Ley que regule las indicaciones referidas, un uso internacional obligatorio hace posible, en unión de otros elementos, la identificación de las personas físicas o jurídicas en la red, y que conforme al artículo 4 del Código Civil podría incardinarse en el ámbito de protección de la norma reglamentaria; [...]²¹

¹⁶ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda edición 2001, p. 165.

¹⁷ *Loc. cit.*, p. 508.

¹⁸ DE CASTRO, F., *Los llamados derechos de la personalidad*. Anuario de Derecho Civil. Tomo XII, Fasc. IV, Madrid, 1958, p. 3; FERRARA, F., *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1924, vol. I, 1ª parte, p. 397; VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, Tomo I, 1935; DIEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 2012, p. 369.

¹⁹ LOISEAU, G., *Le nom objet d'un contrat*, París, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 264, LGDJ, 1997, p. 98.

²⁰ Fue la primera resolución en donde se admitió un nombre de dominio como parte de una denominación social. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN), de 10 de octubre de 2000. <http://www.colex-data.es> (00RR57) y en el Repertorio Aranzadi (RJ 2000/10.214).

²¹ *Ibid.*

Asimismo, en el recurso gubernativo que dio origen a la citada Resolución, la DGRN señala que:

Si la denominación social tiene por objeto la identificación de un sujeto de derecho [...], en tanto que las marcas tienen por objeto distinguir [...], o el nombre comercial el identificar [...], el del nombre de dominio en Internet es identificar a un usuario de la red y cada una de ellas se desenvuelve en su propio campo de aplicación en el que pueden excluirse recíprocamente²².

- b) Tanto el nombre de dominio como la denominación social tienen discrepancias con los signos distintivos, principalmente con las marcas. El sometimiento de estas dos figuras al régimen del Derecho de marcas se encuentra reflejado, entre otros, en el caso del nombre de dominio *www.inforboe.com*, en el que la Audiencia Provincial de Madrid declaró que su titular vulneraba los derechos de marca del Boletín Oficial del Estado. Ello pese a que el registrante tuviera desde 1988 el nombre de Inforboe S.A. como denominación social y el Boletín Oficial del Estado haya registrado sus marcas en 1993. Además de que este último había pactado con la demandada el uso legal de la denominación en sus actividades mercantiles²³.
- c) Desde un punto de vista metodológico, cabe integrar estos atributos dentro de la teoría general de los signos de empresa, pues ambos son aptos para atraer a clientes, diferenciar productos y servicios, además de ser activos de la empresa²⁴. Tanto el nombre de dominio como la denominación social son designados signos distintivos *sui generis*²⁵ pues son un «medio eventualmente distintivo mediato o instrumental»²⁶.
- d) La denominación social y el nombre de dominio pueden estar compuestos por denominaciones genéricas y descriptivas. La única diferencia radica en que la denominación social cuenta con una regulación, que aunque precaria en el sentido de su sumisión a los signos distintivos, señala los límites a los que se debe avocar la persona que inscriba un nombre social (denominaciones objetivas), pues deberán ser congruentes con los principios del ordenamiento y las normas de corrección social²⁷.
- e) Tanto la denominación social como el nombre de dominio son denominativos y únicos. No obstante, la unicidad de las denominaciones sociales y los nombres de dominio obedece a distintas razones. El nombre societario se rige por el «principio de unidad» contenido en el artículo 398 del Reglamento del Registro

²² Fundamento de Derecho cuarto de la Resolución de la DGRN de 10 de octubre de 2000.

²³ Vid. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª). Sentencia núm. 336/2005 de 17 de mayo. En el caso del conflicto de las denominaciones con los nombres comerciales, vid. Miranda Serrano, L.M. «Denominación social y nombre comercial» Marcial Pons, Madrid, 1997.

²⁴ Vid. ILLESCAS ORTIZ, R., «El fondo de comercio y otros activos inmateriales: las nuevas reglas dictadas por la Ley de Sociedades Anónimas», *Derecho de los negocios*, 1, 1990, pp. 5-6.

²⁵ Vid. MIRANDA SERRANO, L. M., «Algo está cambiando...», *op. cit.*, p. 12. Para mayor información sobre esta postura, vid. «Denominación social...», *op. cit.*, pp. 157 y ss.

²⁶ CARBAJO CASCÓN, F., «Disposición adicional decimosexta. Proyecto de Ley de nombres de dominio en la red», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (dir.), *Comentarios a la Ley de Marcas*. Tomo II (artículo 51 a DF 3ª), Pamplona, Thomson, Aranzadi, 2008, p. 1411.

²⁷ Vid. Artículo 404 del RRM.

Mercantil (RRM), mientras que la naturaleza única del dominio atiende a una cuestión técnica relacionada con el mantenimiento de un sistema de nombres de dominio estable.

Ahora bien, pese a las similitudes expuestas, existe una marcada desproporción entre estos dos atributos, y es que a diferencia de lo que sucede con los nombres de dominio, la denominación social es considerada por la Ley de Marcas como un «derecho previo», y por ello otorga a su titular la prerrogativa de oponerse a una solicitud de marca²⁸.

De lo expuesto, podemos decir que el nombre de dominio es un atributo externo de la personalidad, susceptible de convertirse en un bien jurídico y cuya valía económica no nace solamente de la utilización que se le dé en el tráfico, sino que también encuentra su valor en su actuación como «identificador único» en la sociedad de la información.

4.2. El nombre de dominio como bien jurídico electrónico

Con la intención de proveer al nombre de dominio de los rasgos jurídicos que en concordancia con la realidad económica y social le correspondería, y tomando en cuenta que éste es en primer término un atributo, podríamos proponer que en vez de utilizar para su calificación jurídica un concepto de derecho subjetivo, se emplee como figura central la de «bien jurídico».

Si hablamos del nombre de dominio como bien jurídico, se debe principalmente por el rol que desempeña en la empresa. Como hemos demostrado, es el identificador de la sociedad en el entorno electrónico. Como atributo de la personalidad de la sociedad mercantil reviste una peculiaridad esencial: la de ostentar necesariamente, desde su inicio y hasta su fin, la titularidad de una empresa (*persona jurídica/empresa*), y, por consiguiente, toda su actuación se dirigirá, al fin, al logro de objetivos exclusivamente económicos. El nombre de dominio como nombre de una persona jurídica necesariamente titular de una empresa, se presenta así como un signo bastante patrimonializado en el que cabe apreciar un evidente trasfondo económico [...]»²⁹. Sin embargo, su consideración como bien jurídico se puede deber a dos aspectos definidos: 1) al valor patrimonial que tiene como atributo de la personalidad y 2) su rol como objeto de negocios jurídicos, concretamente, la compraventa.

5. EL VALOR PATRIMONIAL DEL DOMINIO ELECTRÓNICO.

Al hilo de nuestra exposición, y tomando en cuenta que el dominio electrónico también tiene un fuerte carácter económico, nos preguntamos si podríamos hablar de la patrimonialización de un atributo de la personalidad.

²⁸ Vid. Artículo 9.1.d; 52.1; 88.c y 91.1 de la Ley de Marcas española.

²⁹ MIRANDA SERRANO, L. M., *Denominación...*, op. cit., p. 129 y «Algo está cambiando...», op. cit., p. 24.

El patrimonio está siempre relacionado con lo pecuniario³⁰, en la práctica tanto el nombre civil como la denominación social –atributos de la persona en el mundo físico– son susceptibles de ser explotados comercialmente por su titular e incluso por terceros. Y ello es así, porque ambos son considerados una cualidad externa de la persona a la que identifican, un signo artificial susceptible de desprenderse de su titular.

El valor patrimonial del nombre de dominio radica en la posibilidad que tiene un atributo de la personalidad de convertirse en bien jurídico y así poder ser objeto de negocios jurídicos. Ello es posible a través del derecho de propiedad industrial, que permite que tanto el nombre civil y la denominación social puedan ser registrados como marca o nombre comercial y así constituirse como bienes jurídicos inmateriales.

Para que un atributo de la personalidad devenga en un signo distintivo comercial, el Derecho de propiedad industrial emplea un criterio que consiste en la aplicación hasta sus últimas consecuencias del principio consistente en la consideración, siempre en el terreno comercial, del atributo como simple y mera denominación y, en consecuencia, sujeto a las mismas limitaciones y prohibiciones de cualquier otra. En definitiva, en materia mercantil debe prescindirse del dato de la especial naturaleza del nombre respecto a su titular, para fijarse sólo de modo prevalente en la vertiente conceptual y fonética de la denominación constitutiva del atributo que se trate, ya sea, nombre civil o denominación social³¹. Tanto el dominio electrónico como la denominación social son susceptibles de constituirse como bien jurídico inmaterial al poder ser registrados como marca o nombre comercial.

6. EL DOMINIO ELECTRÓNICO COMO ACTIVO EMPRESARIAL

El dominio electrónico juega un papel esencial en la denominada nueva economía. Además de constituir la identificación de todos los participantes de la cadena comercial, son para algunos el «*Real Estate*» de la nueva economía³². ¿Qué sería de Amazon, Google...sin su dominio electrónico? En las empresas *online* es de los activos con más valor.

Desde la década de los noventas hasta el día de hoy, la polémica en torno al nombre de dominio se centró en la necesidad de proteger a los titulares de marcas contra

³⁰ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil. I Parte General. Derecho Subjetivo. Negocio jurídico*, vol. III, Madrid, Dykinson, 2005, p. 55; *Diccionario Enciclopédico Abreviado*, Madrid, Espasa-Calpe, tomo VI, 6ta ed., 1965, p. 361. Vid. «El patrimonio crea riqueza», *Madrid histórico*, 28, julio-agosto 2010, pp. 56-57.

³¹ Vid. FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., *Fundamentos de Derecho de Marcas*, Madrid, Montecorvo, 1984, p. 138.

³² KESMODEL, D., *The Domain Name Game. How People Get Rich From Internet Domain Names*, Xlibris Corporation, United States of America, 2008, p. 9. HEALEY, C., «Domain Tasting Is Taking Over the Internet as a Result of ICANN's "add grace period"», *2007 Duke L. & Tech. Rev.*, 1, 2007, p. 7; SELTZER, L., «Bad Taste: Another Way ICANN Blew Domain Registration», *Eweek.com*, 8 de junio, 2006, <http://www.eweek.com/c/a/Security/Bad-Taste-Another-Way-ICANN-Blew-Domain-Registration> [Consulta: 15 de febrero de 2015]; BERNEMAN, B. A., «Navigating the Bankruptcy Waters in Domain Name Rowboat», *3 J Marshall Rev. Intell. Prop. L.* 61, The John Marshall Law School, 2003, p. 61 y NGUYEN, X. T. N., «Cyberproperty and Judicial Dissonance: The Trouble With Domain Name Classification», *10 Geo. Mason Law Review*. 183, 2001-2002, p. 203.

el denominado *cybersquatting*. Lo anterior, se debía al valor que para las empresas representa la incorporación de su marca en un nombre de dominio de segundo nivel o *second level domain name* (SLD)³³. Dominios electrónicos como *macdonalds.com*, *corteingles.com* entre muchas otros, eran registrados por personas que no tenían ningún derecho e interés sobre las marcas. La motivación de estos *cybersquatters* es el la obtención de ingresos a través de la venta del nombre de dominio al titular de la marca o por medio del aprovechamiento de la reputación ajena, utilizando el dominio para dirigir clientela a su sitio web. Por lo anterior, se creó un régimen jurídico protector de los titulares de derechos sobre bienes inmateriales, en lugar de centrarse en un derecho sobre un nuevo bien: el electrónico.

De forma paralela al *cybersquatting*, surge el fenómeno de la comercialización de nombres de dominio de segundo nivel que incorporan denominaciones genéricas o descriptivas, éstos no invaden derechos anteriores (como el de marcas, indicaciones geográficas, nombres famosos, etc.) y se compran y venden como bienes comerciables.

Es una realidad ignota del nombre de dominio. La compraventa de dominios electrónicos que incorporan este tipo de denominaciones no susceptibles de protección bajo las normas del Derecho de propiedad industrial es un negocio más que rentable que ha dado lugar al surgimiento de todo un mercado y a la constitución de empresas cuyo objetivo exclusivo es la compra y venta de dominios, y su valor máspreciado es la cartera de nombres de dominios de que dispone.

El entorno del dominio electrónico anima al incremento del valor económico del mismo. Las palabras genéricas y frases descriptivas pueden ser tan o más atractivas como cualquier marca. Muestra de ello lo encontramos en el denominado «mercado secundario de dominios» donde *business.com* se vendió en 7,5 millones de dólares³⁴. Otros ejemplos son: *sex.com* (que después de un largo litigio por la «propiedad» del dominio se vendió por 14 millones de dólares), *games.com* (10 millones de dólares), *juegos.com* (10 millones de dólares), *fund.com* (9,9 millones), *porn.com* (9,95 millones), *diamond.com* (7,5 millones de dólares) como muchos otros³⁵.

Las astronómicas cifras pagadas por algunos nombres de dominio ocasionaron que muchas empresas comenzaran a invertir cantidades significativas de dinero en SLD

³³ Los nombres de dominio se clasifican en dominios de primer nivel genéricos y territoriales de primer nivel (*generic Top Level domains* –gTLD y *country code level domains*-ccTLD), Bajo un determinado dominio de primer nivel se ubica uno de segundo nivel, que permite hospedar un sitio web en la Red. Es la cadena de letras ubicada antes del TLD, y se utiliza como recurso mnemotécnico. Generalmente consiste en incorporar el nombre de la empresa o marca correspondiente. Se definen como la parte del nombre de dominio que identifica la fuente (la procedencia) o la clase de información o servicio proporcionados a través de un sitio web u otra aplicación en línea. Esto es, identifica a la persona o entidad localizada en un determinado ordenador anfitrión, o bien la información o el servicio ofrecido por las mismas en dicho sitio en línea. CARBAJO CASCÓN, F., *Conflicto entre signos distintivos y nombres de dominio en Internet*, Madrid, Aranzadi, 2002, p. 43.

³⁴ LOOK, J., «Law and Order on the Wild, Wild West (WWW)», 24 *U. Ark. Little Rock L. Rev.*, 817, 2002, p. 823. Sobre este tema, *vid.* BRANSON, Ch. L., «Was \$ 7.5 Million a Good Deal for Business.com? The Difficulties of Obtaining Trademark Protection and Registration for Generic and Descriptive Domain Names», 17 *Santa Clara Computer & High Tech L.J.*, 300, 2000-2001.

³⁵ Blanco, Carlos. «Los dominios más caros de la historia» en <http://carlosblanco.com/2006/08/14/los-dominios-mas-caros-de-la-historia/>. [Consulta: 12 de febrero de 2015].

genéricos o descriptivos³⁶. Este fenómeno se denomina *domaining* que es la actividad económica por medio de la cual se adquieren nombres de dominio con la finalidad de explotarlos o transmitirlos como una especie de mercancía³⁷.

Con el *domaining* nacen dos nuevas clases de «titulares» de nombres de dominio: los que desarrollan el nombre de dominio a través de un sitio web y aquéllos que solamente invierten en dominios con el propósito de venderlos. Los ingresos económicos de estos últimos, derivan por lo general del desarrollo web y el *parking* de nombres de dominio genéricos o descriptivos.³⁸

La valoración económica de estos dominios siempre descansa en la función identificadora de la palabra o frase en que consista el dominio de segundo nivel y la popularidad del nombre de dominio de primer nivel como el *.com*³⁹, dicha extensión es la más popular junto con el nuevo dominio de primer nivel *.xyz*.

A nuestro modo de ver, la aparición de los nombres de dominio genéricos o descriptivos es la muestra de una de las más profundas lagunas jurídicas que tiene el régimen jurídico actual de los nombres de dominio. La transmisibilidad del nombre de dominio ya no deriva únicamente de la necesidad de reivindicar un derecho anterior, sino del deseo de invertir en nombres de dominio o bien de la decisión de las empresas de obtener un valioso activo electrónico necesario para la entrada y la presencia en el comercio en Internet.

El problema de la falta de régimen jurídico para aquellos dominios que no pueden ser registrados como marca se verá en aumento con el advenimiento de las nuevas extensiones de primer nivel (Nuevos gTLDs)⁴⁰, pues no solo se incrementarán los ya conocidos conflictos con las marcas sino que el mercado de dominios que ha venido gestándose con las 25 extensiones de primer nivel que ya existían, crecerá y con ello las prácticas del *domaining* y el *parking* de dominios.

En la actualidad, el régimen jurídico relativo al nombre de dominio no concede ningún derecho subjetivo sobre el mismo, y llama nuestra atención el hecho de que en la práctica su transmisión sea una situación tan común como la compraventa de cualquier

³⁶ En este sentido, es interesante destacar, como se explica más adelante, que conforme se van agotando los nombres, las demás extensiones van cobrando valor. Tal es el caso de *.org*, uno de cuyos SLD, *coffe.org*, se vendió en 100 000 dólares. VÁZQUEZ, I., «Coffe.org vendido por 100 000», *Ojo Internet*, 31 de mayo de 2008, <http://www.ojointernet.com/noticias/coffeeorg-vendido-por-100000> [Consulta: 15 de febrero de 2015].

³⁷ DAVIES, T., «A behavioral Prespective on Technology Evolution and Domain Name Regulation», *21 Pac. Mac George Global Bus & Dev. LJ*, 2008, p. 24, <http://www.stanford.edu/~davies/GBDLJ-Davies-modified-2008.pdf>. Vid. también en este sentido <http://www.domaining.com>, web especializada en este ámbito de negocio.

³⁸ Para mayor abundamiento acerca del *domaining*, su nacimiento y del mercado secundario, vid. Lastiri Santiago, Mónica. *La comercialización del nombre de dominio. Régimen jurídico*. Marcial Pons, Madrid, 2014.

³⁹ Vid. Nota a pie nº 34.

⁴⁰ Tras años de debate y reflexión, la ICANN decidió ampliar el número de gTLD. El propósito de esta decisión se basó en que dicha expansión permitiría mayor innovación, mayor número de opciones para quienes desearan ingresar a la sociedad de la información y promocionar aún más la libre competencia y elección en el mercado de nombres de dominio. Nacen de la liberalización de los dominios genéricos de primer nivel, de manera que se podrá tener una extensión de dominio distinta de las 25 extensiones existentes, lo que significa que podrá haber gTLD como *.news*, *.bingo* o *.kinder* hasta 1400 extensiones de primer nivel. Vid. <http://newgtlds.icann.org/en/> [Consulta: 15 de febrero de 2015].

otro bien jurídico tangible ¿Cómo se explica que el nombre de dominio sea transmisible a través de un contrato de compraventa si ni siquiera ha sido definido jurídicamente? ¿Cuál es el objeto jurídico de ese contrato?

Es necesaria la construcción de un sistema jurídico que provea al registrante o a la persona física o jurídica a la que se ceda un dominio, un derecho que le brinde protección y seguridad jurídica.

Por todo lo anterior, el nombre de dominio es considerado como un activo para la empresa⁴¹ y de su tratamiento por parte de la economía de Internet se desprenden las siguientes de fuentes de valoración económica:

- a) *Juega un papel significativo en el proceso de marketing de un negocio en el ciberespacio*⁴².
- b) *Es un «bien deseable»*. Debido a su carácter indiviso y único⁴³, el nombre de dominio es un bien escaso. Técnicamente es imposible que existan dos nombres de dominio idénticos en Internet⁴⁴. Esto trae como consecuencia que el nombre de dominio tenga un valor económico intrínseco, pues a esa unicidad se debe la popularidad y el éxito de algunas extensiones. El gran mercado secundario de nombres de dominio⁴⁵ y los pagos de daños en litigios relacionados con los nombres de dominios son una muestra del valor de los mismos.

Al ser único, el registrante de un nombre puede hacerse con el control de este valioso bien electrónico, de forma tal que puede decidir qué hacer con él con completa libertad, ya que además los contratos de registro no ahondan acerca de los límites jurídicos del uso del nombre de dominio.

Su valor es independiente a la persona física o jurídica que lo controla, pues no es estrictamente dependiente del sitio web al que esté vinculado: no es necesario que aloje una página web. Asimismo, su valor tampoco está relacionado con los servicios de registro y distribución a través del DNS prestados por las entidades de registro o administradores de los TLD, que son los mismos para cualquier nombre de dominio que pueda ser registrado⁴⁶.

- c) *Es potencialmente vitalicio*. Esta característica refuerza su valor económico, ya que mientras el DNS funcione, el titular del nombre de dominio podrá renovarlo

⁴¹ ALRAMAHI, M., «The legal nature of domain names rights», *Journal of International Trade Law and Policy*, vol., 8, n.º 1, 2009, p. 84.

⁴² En el caso *MTV Networks v. Curry*. 867 F. Supp 202,203-204 n2 (SDNY 1994) dice: «the significance of domain names to e-commerce is that is a valuable asset which mirrors a corporate name as it facilitates communication with a customer base».

⁴³ Sobre el particular, *vid.* MANHEIM, K. M. y SOLUM, L. B., *An Economic Analysis of Domain Name Policy*, 25 *Hastings Comm. & Ent. L.J.*, 2003, pp. 359-385.

⁴⁴ InterNic, «The Domain Name System: A Nontechnical Explanation - Why a Universal Resolvability is Important», <http://www.internic.net/faqs/authoritative-dns.html> [Consulta: 15 de febrero de 2015].

⁴⁵ FRAKES, J., «Domain Name Secondary Market: What Makes a Name Worth Thousands of Dollars and How Does This Market Work?», ICANN Meetings in Lisboa Portugal, 25 de marzo 2007, <http://www.icann.org/en/meetings/lisbon/transcript-tutorial-secondary-25mar07.htm> [Consulta: 15 de febrero de 2015].

⁴⁶ HANCOCK, D., «You Can Have It, But Can You Hold It? Treating Domain Names as Tangible Property», 99 *Ky. L. J.*, 2010-2011, p. 204.

de forma virtualmente indefinida. El mecanismo es en este sentido muy similar al de la renovación de los derechos sobre una marca⁴⁷.

7. NECESIDAD DE INAUGURAR UNA NUEVA CATEGORÍA DE BIENES: LOS ELECTRÓNICOS

El nombre de dominio cumple con los requisitos necesarios para ser calificado como un bien jurídico, tal y como señala el Código civil, cumple la condición de bien, pues presupone entidad, es decir, existencia real (no necesariamente tangible), autónoma y aprehensible mediante los sentidos y la inteligencia en su unidad como algo separado de los otros entes.

Puede ser susceptible de apropiación o, más exactamente, de titularidad. Recordemos que sin «apropiabilidad», que ha de entenderse como la posibilidad de influencia y monopolio, no hay bien en sentido jurídico⁴⁸. El carácter único y necesario para la conectividad entre las personas en Internet hace del nombre de dominio un elemento económicamente valorable, y esa valía pecuniaria es la que justifica su apropiabilidad.

Es un bien con gran posibilidad de influencia debido al monopolio técnico que se otorga al titular con su registro. Sólo la persona que lo registre le podrá asignar su destino, ya sea usándolo, ya sea transmitiéndolo a otro para su posterior utilización o venta. Igualmente, el nombre de dominio no está comprendido entre las cosas que indica el CC como «cosas imposibles» o «que están fuera del comercio de los hombres»⁴⁹.

Asimismo, advertimos la existencia y el reconocimiento de los bienes incorpóreos, que atienden a los supuestos en los que el hombre obtiene una utilidad (que es apreciada y protegida por el Derecho) de algo que ni es cosa material ni derecho. Dentro de esta noción se incluyen una heterogeneidad de bienes, objeto de regímenes jurídicos diversos. Entre los más destacados podemos mencionar las obras del ingenio, que el Derecho, por medio de la legislación sobre propiedad intelectual e industrial, regula y protege.

Como sabemos, sobre estos bienes inmateriales se goza un derecho de exclusiva que puede ser transmitido a través de los medios conocidos por la ciencia jurídica. En cambio, otros activos intangibles⁵⁰, como los nombres de dominio, aunque son transferidos por medio de una de las formas más conocidas por el Derecho —el contrato

⁴⁷ BAUM, S., «Domain Name Conflicts in Germany. An Economic Analysis of the Federal High Court's Recent Decisions», *European Business Organization Law Review*, 4, 137-170, 2003, p. 142.

⁴⁸ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁹ Para saberlo habremos que atender, a las concepciones sociales y a los parámetros del artículo 1255; entre que constituyen valores personalísimo e intransferibles, o prestaciones que la moral corriente rechaza como objeto de posible obligación. *Ibid.*

⁵⁰ El término de «activos intangibles» en este estudio se referirá a aquellos activos que no pueden ser transmitidos manualmente por la ausencia de materialidad. Vid. NOMEN, E., *Valor razonable de los activos intangibles. El efecto mariposa de la segunda deslocalización*, Barcelona, Deusto, Instituto de Análisis de Intangibles. p. 19. Vid. CABIÑANO, G. A. y SÁNCHEZ P., *The Value Reference and Managerial Implications of Intangible: A literatura Review*. Meritum.

de compraventa—, dicha transmisión no goza, a nuestro modo de ver, de seguridad jurídica, ya que, la doctrina ha puesto de manifiesto la complejidad de calificarlos como un derecho de propiedad y ha expuesto la imposibilidad de considerarlos como un derecho de propiedad industrial, todo ello con fundamento en la legislación actual⁵¹.

Si se pueden llegar a pagar millones de euros por un nombre de dominio, es preciso preguntarnos qué obtienen las partes en una transacción de esta naturaleza. Es preciso delimitar jurídicamente esta figura, pues de otro modo puede que los «titulares» de nombres de dominio puedan perderlos en cualquier momento y las consecuencias de ello acarren incluso la pérdida de su negocio en Internet.

Por todo ello, es preciso el reconocimiento de una nueva categoría de bienes intangibles: los bienes electrónicos o digitales⁵².

Éstos aparecen en una variedad de formas: nombres de dominio, correo electrónicos, sitios web, perfiles de redes sociales, aplicaciones (apps), etc.

Se definen como aquellos códigos informáticos que se encuentran diseñados de tal manera que expresan de forma digitalizada herramientas del mundo real. Por ello, la mayoría de las veces actúan no solamente como información sino también como una simulación de un bien jurídico y que, por su similitud con sus equivalentes en el mundo físico, podrían ser susceptibles de apropiación.

El verdadero significado de los bienes electrónicos⁵³ radica en los efectos que tienen sobre el mundo material. La actividad social y económica no repercute en el espacio virtual sino en el real⁵⁴, y es ahí donde radica su principal importancia. La aparición de estas expresiones intangibles, pero visibles no obstante, son ahora instrumentos importantes para el desarrollo social y económico del ser humano. Cada día que pasa aumenta la necesidad de estar conectado; el efecto de la Red de redes es cada vez más profundo en la forma en la que trabajamos, vivimos y aprendemos.

La comprensión de esta especie de intangibles puede servir de ayuda a las instituciones jurídicas para legislar sus formas de transmisión. Por ejemplo, sobre un bien electrónico no puede haber «entrega» material; en este caso —que bien podría ser el del nombre de dominio—, la entrega sólo puede llevarse a cabo por medios electrónicos. Es una de las diferencias con los bienes inmateriales, ya que no puede plasmarse en algo corpóreo. En el caso de los bienes electrónicos no existiría entonces esa distinción entre «*corpus mechanicum*», instrumento sensible en que se materializa y hace sensible el bien inmaterial, y «*corpus mysticum*», que está constituido por la idea que es la entidad inmaterial⁵⁵.

Los bienes electrónicos se dividen en «no excluyentes» y «excluyentes».

⁵¹ Para mayor información sobre las distintas teorías sobre la naturaleza jurídica del nombre de dominio. Vid. Lastiri Santiago, M., *op.cit.*

⁵² También son denominados por la doctrina estadounidense como «virtual goods» Vid. DIBBELL, J., «Dragon Slayers or Tax Evaders?», *Legal Aff.* Jan/Feb 2006, p. 49; BRADLEY, C. y FROMKIN, M. A. «Virtual Worlds, Real Rules», *49 N.Y.L. Sch. Law Review*, 2004-2005, p. 132.

⁵³ Término utilizado por MORINGIELLO, J. M., «False Categories in Commercial law: The (ir)relevance of (in)tangibility», *35 Florida State University Law Review*, 2007-2008, pp. 120 y ss.

⁵⁴ CASTRONOVA, E., *Synthetic Worlds: the bussiness and culture of online games*, Chicago, University of Chicago Press, 2005.

⁵⁵ Vid. FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., *Tratado sobre...*, *op. cit.*, p. 27.

Los bienes «no excluyentes» son aquellos códigos informáticos que pueden ser utilizados por diferentes personas simultáneamente. Este tipo de códigos son regulados por leyes especiales, como las legislaciones de la propiedad intelectual e industrial, que protegen el interés creativo de estos bienes *no excluyentes*⁵⁶. Estos códigos de *no exclusión* representaron la gran novedad de Internet, y despertaron el interés de los juristas debido a los conflictos que se originan sobre los mismos. Un ejemplo de ello son las demandas por descargas de obras protegidas a través de las redes *peer to peer* (P2P)⁵⁷.

Este tipo de bienes digitales están diseñados para actuar como recursos *no excluyentes*, pues, valga la redundancia, *no excluyen* a otros bienes digitales iguales, es decir, que la utilización del código por una persona no impide su uso a otra. La *no exclusión* permite la creación y distribución de copias exactas a coste cero y que éstas pueden ser repetidas ilimitadamente⁵⁸. En la propiedad industrial, el derecho otorgado es excluyente en el sentido de que una vez concedido a uno, quedan excluidos todos los demás. Por eso se dice que los derechos de propiedad industrial, cada uno dentro de sus propios límites, producen un efecto de bloqueo, ya que el titular puede excluir a todos los demás de la explotación del objeto sobre el que recae su derecho. Por tanto, los bienes digitales son simplemente *no excluyentes* como consecuencia de su naturaleza, y son «intencionalmente» excluyentes en la medida en que pueden ser objeto de derechos de propiedad intelectual.

Por otro lado, los bienes digitales «excluyentes» son aquellos códigos informáticos confeccionados para ser utilizados por una sola persona, sin posibilidad de ser empleados por otras simultáneamente⁵⁹. Este tipo de bienes son los que impregnan la Red de redes y conforman los más importantes recursos *online*.

Estos códigos constituyen el componente estructural de Internet. En este sentido, el bien electrónico excluyente con más relevancia es el nombre de dominio. Le siguen las cuentas de correo electrónico (que derivan de un nombre de dominio)⁶⁰ y los perfiles de redes sociales como Facebook⁶¹. Cabe aclarar en este punto que lo que se analiza como bien electrónico no son los contenidos de los mismos, sino el bien en sí mismo, es decir, el nombre de dominio, el correo electrónico o la cuenta en la red social *per se*.

⁵⁶ POSNER, R., «Antitrust in the New Economy», U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 106, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=249316 [Consulta: 23 de abril de 2011].

⁵⁷ El *peer to peer* es un protocolo que posibilita la interconexión de ordenadores personales unidos a Internet. Define un tipo de redes electrónicas de comunicación en las cuales todos los participantes son servidores de almacenamiento de archivos, de forma que ofrecen servicio de descarga de dichos archivos al resto de miembros de las redes. PriceWaterhouse Coopers, PROMUSICAE (Productores de Música en ESPAÑA), *Libro Blanco de la música en España*, 2005, p. 41.

⁵⁸ Recordemos que los bienes inmateriales pueden tener multiplicidad de exteriorizaciones. Un ejemplo son las marcas que identifican infinidad de productos y servicios, son imitadas y reproducidas numerosas veces de forma idéntica por quienes no han invertido el más mínimo esfuerzo ni inversión.

⁵⁹ FAIRFIELD, J. A. T., «Virtual Property», 85 *B.U.L. Rev.*, 2005. pp. 1049 y 1054.

⁶⁰ *Vid.* Google. *Gmail Legal Notices*. http://mail.google.com/mail/help/intl/en/legal_notices.html [Consulta: 15 de febrero de 2015].

⁶¹ BOYD, D. M. y Ellison, N. B., «Social Network Sites: Definition, Hystory and Scholarship», 13 *J. of Computer-Mediated Comm*, 2001, http://jcmc.indiana.edu/vol13/issue1/boyd_ellison.html [Consulta: 15 de febrero de 2015].

El bien electrónico excluyente no es ilimitadamente repetible ni es susceptible de posesión simultánea por varios sujetos, al contrario de lo que sucede con los bienes inmateriales y los bienes electrónicos no excluyentes. Además, tampoco está delimitado por la ley como lo están los inmateriales y por ende los bienes electrónicos «no excluyentes».

El nombre de dominio es el bien electrónico excluyente por excelencia. Su naturaleza única cierra las puertas a cualquier persona que desee utilizar uno idéntico⁶². Esta situación que impide a otros el uso o control del mismo en el entorno electrónico se extiende al mundo físico. En el caso de los bienes electrónicos excluyentes, es el carácter de exclusividad intrínseca la que indirectamente lo otorga la condición de bien apropiable. Si observamos, el derecho a excluir a otros es *sine qua non* al derecho de propiedad⁶³. Sin embargo, falta que la ley le provea a este tipo de bien de un amparo que pueda otorgar a su «titular» un derecho similar al de la propiedad, y proporcionarle así seguridad jurídica.

En definitiva, en el caso el nombre de dominio, su carácter de excluyente y, por consiguiente, su excluso, viene dado por su origen tecnológico, y es la intervención del ser humano la que hace que funcione como llave de acceso a la Red. Esta situación concede a quien lo registra una especie de potestad para usarlo, controlarlo u ofertarlo⁶⁴.

8. REFLEXIONES FINALES

La única protección jurídica que hasta el momento ofrece la ley al registrante de un nombre de dominio es la obtención de un derecho de uso exclusivo a través de su registro como marca, situación que excluye de esa protección a los nombres de dominio genéricos o descriptivos de gran valor. Por ello, existen dos tipos de dominios electrónicos, aquellos sobre los que se puede ejercer un derecho de propiedad industrial y aquellos sobre los que no se ostenta ningún derecho más que de asociación a una dirección IP.

La comercialización de los nombres de dominio de segundo nivel genéricos o descriptivos y, el hecho de que el activo máspreciado de Internet para las empresas no

⁶² Vid. Caso *Sallen v. Corinthians Licenciamientos LTDA*, 273 F. 3d 14, 20 (1st Cir. 2001)

⁶³ MERRILL, T. W., «Property and the Right to Exclude», 77, *Neb. L. Rev.*, 1998, p. 734.

⁶⁴ Es curioso advertir que los bienes digitales excluyentes comparten sus características con los bienes jurídicos muebles o inmuebles, como por ejemplo un bolígrafo o una casa. Ello se advierte si utilizamos una dirección electrónica como prototipo para nuestro ejemplo: la utilización de la cuenta de correo electrónico es *excluyente* o *rivalrous* pues su usuario impide que otras personas lo utilicen (solo ese usuario puede enviar o recibir emails desde esa dirección). Es *persistente* porque continúa existiendo aún cuando no está siendo utilizado. Y, finalmente, está *interconectado* porque es parte de un sistema donde las personas pueden interactuar con el mismo, de acuerdo a ciertas normas y con la autorización del titular del email. Si observamos un bien tangible como un bolígrafo o una parcela, vemos que también son excluyentes, persistentes e interconectados. Para mayor abundamiento acerca de las características de los bienes electrónico excluyentes, vid. Lastiri Santiago, M. *op.cit.* y BLAZER, C., «The Five Indicia of Virtual property», 5 *Pierce L. Rev.* 137, 2006., p. 140. Curiosamente, si aplicamos la exclusión, la persistencia y la interconectividad a un bien jurídico tangible, tenemos como resultado algo muy similar a lo atribuido a los bienes digitales: si tengo un bolígrafo, lo tengo yo y no los demás (exclusión). He colocado el bolígrafo en un bote y he abandonado el aula, el bolígrafo permanece en el aula (persistencia) y por último, todos pueden interactuar con el bolígrafo con mi autorización (interconectividad).

siempre goce de la protección del derecho de uso exclusivo otorgado a los titulares de marcas, junto con la expansión del nombres de dominio de primer nivel son, a nuestro modo de parecer, razones suficientes para que en el ALMC se le hubiera dado cabida a una nueva categoría de bienes intangibles, concretamente, al nombre de dominio como bien electrónico *excluyente*.

En este sentido, nos interesa resaltar que la propuesta de una nueva categoría jurídica en el ALMC no nos parece descabellada. Si nos basamos en los comienzos y en cómo nacieron los denominados bienes inmateriales; los bienes electrónicos pueden ser una realidad jurídica.

Hace tiempo, la transmisión de los bienes inmateriales era impensable hasta que se los comenzó a concebir como bienes jurídicos culminando con la constitución de un derecho subjetivo sobre los mismos. La evolución del Derecho sobre los bienes inmateriales es una muestra del reconocimiento a las originales formas de representación de los bienes, prueba de ello es el sólido e importante Derecho de la propiedad intelectual en sentido amplio.

El derecho sobre el bien inmaterial, así delimitado, consiste en un derecho absoluto que se concreta fundamentalmente en la facultad de explotación en exclusiva por parte de su titular.⁶⁵ En realidad, se trataría de un derecho subjetivo semejante al derecho de propiedad, pero no un derecho de propiedad propiamente dicho, pues el derecho sobre un bien inmaterial se concreta en un derecho exclusivo de explotación, dotado de contenido patrimonial, apto para ser objeto de tráfico jurídico.

Algo parecido sucedería con el nombre de dominio como bien electrónico excluyente, ya que no se trataría de un derecho puro de propiedad, sino un derecho que por las características del bien que protege sea paralelo al derecho de propiedad.

Por lo anterior, sería adecuado plantear aquí el tipo de derecho que ostentaría el registrante de un nombre de dominio, pero ello requeriría de reflexiones que rebasarían el objetivo de este trabajo. Sin embargo, lanzaremos la idea con el objetivo de llamar a la reflexión sobre este tema:

Respecto al derecho que debe ostentar el registrante sobre un nombre de dominio, consideramos adecuada la aplicación del denominado «derecho de control», solución adoptada en otros campos para las innovaciones propias de Internet, como ha sucedido en el caso de los títulos valores electrónicos. En este entorno, este derecho se configura como un equivalente funcional de la posesión y sustituye a la entrega del título como elemento necesario para ejercer los derechos incorporados en el tradicional instrumento emitido en papel. Esta nueva construcción jurídica permite superar la exigencia de la plasmación de los derechos en un soporte material para la entrega y la correspondiente transmisión del bien.

Por tanto, si tenemos presente el control que por cuestiones técnicas ejerce el registrante sobre el dominio electrónico, que excluye de forma absoluta a cualquier otra persona del registro y por ende del «goce y disposición del bien» y al construirse el derecho de control como equivalente funcional de la posesión, que sustituye a ésta y a la

⁶⁵ ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Barcelona, Bosch, 1970, p. 287.

entrega del bien, podemos decir que el derecho de control es la única forma de «propiedad» de un bien electrónico.

Con este tipo de derecho se pone de manifiesto, por un lado, la proximidad entre la posición jurídica de un propietario en relación con un tipo de bien, y por otro, la del titular del derecho sobre el bien, en el sentido de que en ambos casos los derechos que ostentan son absolutos.

El nombre de dominio nace de la misma forma que nacen los bienes inmateriales, producto de una revolución, pero ésta genera un cambio basado en mecanismos telemáticos. Las nuevas tecnologías han modificado las formas tradicionales de las relaciones sociales y del comercio. Por ello, es necesario que se medite acerca del reconocimiento jurídico de los bienes electrónicos. La apertura de una nueva categoría de bienes jurídicos intangibles que, como el nombre de dominio, representan, al menos, el activo económico más importante de las empresas en la Red, y, en su parte más esencial, la llave de ingreso a Internet, significaría dar certeza y seguridad jurídica a aquellos negocios cuyo objeto de contrato sea la transmisión de esta clase de bienes.

Dotar al nombre de dominio de una calificación jurídica y proponer un derecho especial sobre el mismo, no significa desproteger a los titulares de marca, sino todo lo contrario. Éstos obtendrían, además del régimen jurídico que claramente les favorece, un derecho sobre un bien digital, y no una muy cuestionable extensión de un derecho de marca caracterizado por su territorialidad.